

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/54157>

Please be advised that this information was generated on 2019-06-01 and may be subject to change.

Governance in het openbaar onderwijs II

Hoe kan de positie van de stichting voor openbaar onderwijs zoveel mogelijk in overeenstemming gebracht worden met de positie van het bevoegd gezag van een bijzondere school?

EINDRAPPORT TWEEDE DEEL

Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen

Prof. mr. P.J.J. Zoontjens

Afdeling Staats- en Bestuursrecht

Faculteit der rechtsgeleerdheid

Vrije Universiteit

Amsterdam, oktober 2006

1. Algemeen

In vervolg op ons eerste rapport¹ worden in dit – tweede - rapport de mogelijkheden onderzocht tot verdere gelijkschakeling van de juridische positie van het verzelfstandigde (door een stichting bestuurde) openbaar onderwijs met die van het bijzonder onderwijs. Dit is in lijn met de onderzoeksvraag, aan de behandeling waarvan we in het eerste rapport niet volledig zijn toegekomen, en die als volgt luidt:

‘Hoe kan de positie van de stichting als bevoegd gezag van openbaar onderwijs anno 2010 zoveel mogelijk in overeenstemming worden gebracht met het bevoegd gezag van een bijzondere school? Wat betekent dat voor haar relatie tot het gemeentebestuur, de bevoegdheid tot schoolstichting en – opheffing, intern en bestuurlijk toezicht en de uitoefening van het begrotingsrecht?’

In het eerste rapport is deze vraag op belangrijke onderdelen reeds beantwoord. Dat zullen we aangeven in de volgende paragraaf. Niettemin zijn enkele elementen van deze vraag in het eerste rapport nog niet besproken. Met de begeleidingscommissie is verder afgesproken om ook facetten van de problematiek in de beschouwing te betrekken die niet in de opsomming in het tweede deel van de vraag aan de orde komen. Er is, kortom, verzocht om een brede benadering: in welke mate kan de positie van de stichting voor openbaar onderwijs met die van het bijzonder onderwijs gelijkgetrokken worden? Daarbij is de insteek de vraag, in hoeverre die stichting voor openbaar onderwijs geregeld kan worden *op dezelfde wijze als thans (reeds) het bijzonder onderwijs geregeld is*. Gelijktrekking in tegengestelde richting – het bijzonder onderwijs meer regelen zoals het openbaar onderwijs – is niet aan de orde. Die optie valt buiten het kader van de gestelde onderzoeksvraag. Zij lijkt ook tamelijk theoretisch, zou immer ingaan tegen de huidige tendens naar verdere ‘verprivaatrechtelijking’ van het openbaar onderwijs.

Net als in het eerste rapport concentreren we ons ook nu op het primair en voortgezet onderwijs. We verwijzen kortheidshalve meestal enkel naar bepalingen in de Wet op het primair onderwijs. Alleen daar waar de Wet op het voortgezet onderwijs een andere regeling bevat wordt deze wet (ook) genoemd.

We benadrukken dat we ons in onze analyse hebben beperkt tot een *juridische invalshoek*. Politieke, bestuurlijke en maatschappelijke overwegingen hebben we zo veel mogelijk achterwege gelaten. We hebben de onderzoeksvraag derhalve beantwoord vanuit de optiek van de juridische haalbaarheid, en ons verder niet uitgelaten over de eventuele (politieke, bestuurlijke, maatschappelijke) wenselijkheid.

¹ P.J.J. Zoontjens, H. Delnooz, B.P. Vermeulen, *Governance in het openbaar onderwijs I. Over de mogelijkheden van scheiding van bestuur en toezicht en van delegatie van bevoegdheden in het vermogensrechtelijk verzelfstandigd openbaar onderwijs*, Tilburg, maart 2006.

We behandelen de materie aan de hand van de opsomming en beschrijving van de verschillende meest relevante rechtsbetrekkingen waarin de consequenties van het onderscheid tussen openbaar en bijzonder thans zichtbaar zijn. Na een korte inventarisatie van reeds in het eerste rapport behandelde punten (§ 2) volgt een algemene beschouwing waarin we nader ingaan op het derde lid van artikel 23 Grondwet, aan de hand van de vraag of het vereiste dat de materie ‘bij wet geregeld’ is tot specifieke voorwaarden voor het openbaar onderwijs leidt (§ 3). Vervolgens besteden we zoals gezegd aandacht aan de rechtsbetrekkingen waar het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs speelt, en het in overeenstemming brengen van de juridische positie in het openbaar onderwijs met die in het bijzonder onderwijs aan de orde kan zijn. Daarbij concentreren we ons op de *stichting* voor openbaar onderwijs: in welke mate kan de regelgeving ter zake identiek zijn aan de regelgeving inzake de stichting als bevoegd gezag in het bijzonder onderwijs? We gaan derhalve niet in op de vraag of ook de *verenigingsvorm* voor het openbaar onderwijs toelaatbaar kan zijn.

We bespreken achtereenvolgens:

- de *externe* relatie van het bevoegd gezag tot de toezichthoudende *gemeentelijke* overheid (§ 4);
 - de *externe* relatie van het bevoegd gezag tot de *rijksoverheid*, tot uitdrukking komend in bekostigingsvoorwaarden en regels (§ 5);
 - de *interne* bestuurlijke inrichting, inclusief de medezeggenschap (§ 6);
 - de *interne* verhouding van het bevoegd gezag tot personeel en leerlingen (§ 7).
- Afgesloten wordt met een aantal samenvattende conclusies (§ 8).

2. Korte inventarisatie van reeds behandelde punten

In het eerste rapport is al uitgebreid ingegaan op de mogelijkheden van intern en extern bestuurlijk toezicht, en op de relatie van het verzelfstandigd openbaar onderwijs tot de gemeenteraad. We hebben daarin geconcludeerd dat er binnen de vermogensrechtelijk verzelfstandigde bestuursvormen van het openbaar onderwijs reële mogelijkheden zijn tot scheiding van bestuur en toezicht, respectievelijk tot instelling van een Raad van Toezicht als toezichthouder naast de gemeenteraad, indien men aansluit bij het uitgangspunt van een tot het minimum beperkte toezichtsrol van de gemeenteraad zoals geregeld ten aanzien van het *samenwerkingsbestuur*. De uit de regeling van het samenwerkingsbestuur (zie artikel 17 Wet op het primair onderwijs) af te leiden (minimale) zelfstandige toezichtsrol van de gemeenteraad ten aanzien van de stichting voor openbaar onderwijs heeft dan betrekking op de benoeming van de leden van het bestuur of - indien aanwezig - de leden van de Raad van Toezicht, alsmede een beperkt goedkeuringsrecht ten aanzien van wijziging van de statuten en een beperkte taakverwaarlozingsregeling, en een

beperkte betrokkenheid bij de vaststelling van de begroting en jaarrekening. Uit *bestuurlijk-strategische* – niet uit *juridische* - overwegingen pleitten (en pleiten) wij er evenwel voor, om bij de raad het ‘volle’ goedkeuringsrecht ten aanzien van begroting en jaarrekening te laten, en te opteren voor een zwaardere taakverwaarlozingsregeling.

Wij zijn er in het eerste rapport voetstoots van uit gegaan dat het bestuurlijk toezicht van de zijde van de gemeentelijke overheid op het openbaar onderwijs niet gemist kan worden. Welke bevoegdheden het gemeentebestuur daartoe ten minste zou moeten hebben, verdient nadere beschouwing. In § 4 gaan we daar verder op in.

In het eerste rapport hebben we aangegeven dat naar huidig recht de bevoegdheid tot oprichting en opheffing van openbare scholen bij het gemeentebestuur berust, niet bij (het bestuur van) de verzelfstandigde rechtspersoon. Het feit dat het gemeentebestuur, in het bijzonder de raad, verantwoordelijk is voor de oprichting en opheffing van openbare scholen, volgt uit artikel 23, vierde lid, Grondwet: in elke gemeente wordt van overheidswege openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal scholen.² Met de totstandkoming van het vierde lid werd een historische praktijk van bestuurlijke bemoeienis van het gemeentebestuur met het algemeen toegankelijk, openbaar onderwijs herbevestigd. Bovendien hoort de verantwoordelijkheid voor genoegzaam en voldoende openbaar basis- en voortgezet onderwijs binnen een gemeente thuis op het meest adequate niveau: het bestuur van de gemeente. Indien men de bevoegdheid tot oprichting en opheffing aan het gemeentebestuur zou willen onttrekken, ten faveure bijvoorbeeld van de besturen van de (andere) rechtspersonen in het openbaar onderwijs, is ons inziens daarom grondwetswijziging noodzakelijk. Een en ander sluit overigens niet de mogelijkheid uit dat de vermogensrechtelijk verzelfstandigde rechtspersoon in het openbaar onderwijs wordt uitgerust met het recht van *aanvraag* van een nieuwe school. Zulks is dan ook met betrekking tot de openbare rechtspersoon en de stichting openbaar onderwijs in artikel 66, eerste lid, onder c, Wvo vastgelegd. Er is ons inziens – in lijn hiermee - geen reden om in de Wpo het recht op aanvraag niet aan het vermogensrechtelijke verzelfstandigde bestuur van een op te richten openbare school toe te kennen.

3. Openbaar onderwijs ‘bij de wet geregeld’

Het derde lid luidt: ‘Het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging, bij de wet geregeld’. Volgt uit deze bepaling dat de regeling van het openbaar onderwijs tot een (overwegend) publiekrechtelijk kader moet leiden? Of anders gezegd: verzet artikel 23, derde lid, Grondwet zich principieel

² Zie D. Mentink, *Recht op voldoende openbaar onderwijs*, Schoonhoven 1996; P.W.A. Huisman, *De samenwerkingsschool. Een analyse van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs*, Den Haag 2002, p. 80 e.v.

tegen een volledige, maatschappelijke en juridische gelijkschakeling van de openbare school met de bijzondere school?

Binnen de ontwikkeling van het publiekrecht in de afgelopen decennia heeft de opvatting aan kracht gewonnen dat de garantie van publieke belangen niet *per se* via zuiver publiekrechtelijke structuren moet worden vormgegeven.³ Op velerlei terrein schakelt de overheid thans particuliere instellingen in, of richt zij rechtspersonen naar privaatrecht op, voor de vervulling van een publieke taak.⁴ Wel is het zo, dat deze privaatrechtelijk vormgegeven instellingen – voor zover zij daarbij publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefenen – aangemerkt worden als onderdeel van de organisatie van het openbaar bestuur, in het bijzonder doordat zij in bepaalde gevallen als een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 (onder b) van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) worden aangemerkt.⁵ De normen van de Awb inzake de besluitvorming en de rechtsbescherming zijn op de besluiten van dit b-bestuursorgaan van toepassing.

Het derde lid van artikel 23 Grondwet noodzaakt niet tot een regeling van het openbaar onderwijs waarvan de rechtsvorm, de interne bestuursstructuur of de werkzaamheid volgens publiekrechtelijke structuren is vormgegeven. Dat is ook voor het onderwijsrecht overigens geen verrassende constatering. De onderwijskundige werkzaamheid van de openbare school is vanouds vrij gelaten, vanwege het in ons bestel gehuldigde uitgangspunt van afwezigheid van staatspedagogiek. Het is hiermee in lijn om ook aanzienlijke variatie in bestuurlijke inrichting toe te laten. Dienovereenkomstig is dan ook in de jaren negentig de onderwijswetgeving aangepast, toen alternatieve publiekrechtelijke en privaatrechtelijke bestuursvormen voor het openbaar onderwijs werden geïntroduceerd.⁶

Wel blijft het publiekrecht relevant en noodzakelijk om het publieke belang en de publieke taak van het openbaar onderwijs te garanderen. Zo moet aangenomen worden dat ‘overheersende’ overheidsbemoeienis in het openbaar onderwijs noodzakelijk is om de belangen van neutraliteit, algemene toegankelijkheid en algemene beschikbaarheid te garanderen. Alleen door overheidsbemoeienis – door het publiekrecht dus – kan de kwaliteit en de continuïteit van die garanties worden verzekerd. De figuren van bestuurlijk toezicht van de zijde van de gemeenteraad die thans in de onderwijswetten ten aanzien van het vermogensrechtelijk verzelfstandigd openbaar onderwijs zijn geregeld, passen op zichzelf in deze constellatie. We hebben evenwel reeds in het eerste rapport geconstateerd dat de aard en omvang van de eisen die voortvloeien uit de noodzaak van ‘overheersende’ overheidsinvloed fluctueren.

³ Zie bijvoorbeeld het advies van de Raad van State bij het initiatiefvoorstel-Nuis, Kamerstukken II 1993/94, 21 134, A, p. 4-5. Zie ook Huisman, a.w., p. 36 e.v.

⁴ Zie Van Wijk/Konijnenbelt, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, bewerkt door W. Konijnenbelt en R. van Male, Den Haag 2005, p. 91-96.

⁵ Idem.

⁶ Wij gaan hier niet ten gronde in op de vraag of de wetgever het openbaar onderwijs dwingend mag *opleggen* uitsluitend voor de stichtingsvorm te opteren. We volstaan met de stelling, dat het uit het oogpunt van decentralisatie voor de hand ligt aan het gemeentebestuur de vrijheid te laten te kiezen voor een publiekrechtelijke of een privaatrechtelijke variant.

Met de mate van overheersendheid van de overheidsinvloed wordt reeds sedert enige tijd geschoven. We werken een en ander in de volgende paragraaf nader uit.

4. Extern (gemeente)bestuurlijk toezicht

Bestuurlijk toezicht is een wettelijke bevoegdheid waarmee de toezichthoudende overheid invloed kan uitoefenen op het handelen van een aan het toezicht onderworpen bestuursorgaan.⁷ Het instrument is tamelijk vormvrij; er zijn vele wettelijke beïnvloedingstechnieken.

In het eerste rapport is een afstandelijke, minimale vorm van (inter)bestuurlijk toezicht door de gemeenteraad op het verzelfstandigde openbare onderwijs voorgesteld.⁸ We zijn er daarbij van uitgegaan, dat met de regeling van het *samenwerkingsbestuur* het absolute *minimum* is vastgelegd waaraan voldaan moet zijn wil er nog sprake zijn van overheersende overheidsinvloed op het openbaar onderwijs. Ons inziens kan dit (minimum)overheidstoezicht op de openbare school niet worden gemist, vooral vanwege de belangen waarvoor het openbaar onderwijs in constitutionele zin staat: overheidstaak, algemene toegankelijkheid en neutraliteit van het onderwijs. Omdat het constitutioneel-rechtelijk zo gelegen is, dat de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor het openbaar funderend onderwijs bij het gemeentebestuur is belegd (artikel 23, vierde lid, Grondwet; zie nader § 2), dient het met het oog op de overheersende overheidsinvloed vereiste interbestuurlijk toezicht dus door het gemeentebestuur te worden uitgeoefend.

Gegeven het vereiste minimum aan gemeentelijk toezicht dat uit de regeling van het samenwerkingsbestuur afgeleid kan worden betekent dit ten eerste, dat naar huidig recht de gemeenteraad overheersende invloed – in de praktijk in de vorm van een benoemings- en ontslagrecht – in het *bestuur* van de stichting dient te hebben. Wanneer de wettelijke eis van scheiding van bestuur en toezicht is ingevoerd zijn er – althans in het concept van wet – evenwel twee mogelijkheden.⁹ De eerste optie is dat er een aparte Raad van Toezicht ingesteld wordt, welke het bestuur van de stichting benoemt en ontslaat en goedkeuringsbevoegheden heeft met betrekking tot bepaalde besluiten en documenten van het bestuur. Zoals betoogd in ons eerste advies dient alsdan de gemeenteraad overheersende invloed te hebben op samenstelling van de

⁷ Van Wijk/Konijnenbelt 2005, 478-481.

⁸ In de Nota *Toezicht in vertrouwen, vertrouwen in toezicht. Visie op toezicht OCW 2007-2011* van de minister van OCW d.d. september 2006, wordt *interbestuurlijk toezicht* gedefinieerd als het toezicht op de uitvoering van publieke taken door medeoverheden. Deze vorm van toezicht dient uitdrukkelijk te worden onderscheiden van *uitvoeringstoezicht* (toezicht op de uitvoering van publieke taken door zelfstandige organisaties) en *nalevingstoezicht* (toezicht op de naleving van wet- en regelgeving door burgers en bedrijven). De laatste twee vormen van toezicht worden in het onderwijs uitgeoefend door de Inspectie.

⁹ We gaan hierbij uit van het ambtelijk concept-wetsvoorstel *Governance* in het PO en VO zoals dat eind augustus 2006 aan ons is voorgelegd.

Raad van Toezicht, in welk geval de eis van rechtstreekse overheersende invloed op het *bestuur* niet gesteld hoeft te worden – verondersteld wordt immers dat die laatstgenoemde eis via de voorwaarde van overheersende gemeentelijke invloed op de Raad van Toezicht voldoende in acht genomen wordt. De tweede optie is, dat binnen het stichtingsbestuur een functionele scheiding plaats vindt tussen een toezichthoudend orgaan en een beleidsvoerend deel. Alsdan blijft de rechtstreekse overheersende invloed van de gemeenteraad in het *stichtingsbestuur* intact.

Daargelaten de eis van dominante invloed van de raad op het bestuur dan wel de Raad van Toezicht van de stichting voor openbaar onderwijs kan de gang van zaken ten aanzien van benoemingen voor het overige identiek zijn aan die van een stichting voor bijzonder onderwijs. Als een zo vergaand mogelijke gelijktrekking met het bijzonder onderwijs nagestreefd wordt, betekent dat dat het wettelijke voordrachtsrecht van de ouders ten aanzien van minimaal een derde en maximaal de helft van de bestuurleden (zie artikel 48, zesde lid, onder b Wpo) geschrapt zou moeten worden. De aard van het openbaar onderwijs verzet zich daar niet tegen.

Wat betreft de verdere bevoegdheden van de raad dient allereerst gewezen te worden op een – beperkt – goedkeuringsrecht ten aanzien van wijziging van de statuten – zie artikel 17, zesde lid, Wpo. Uit *bestuurlijk-strategische* overwegingen pleitten wij er in het eerdere advies voor, om bij de raad een volledig goedkeuringsrecht ten aanzien van begroting en jaarrekening te laten (conform artikel 48, zesde lid, onder d Wpo). Daarnaast opteerden we voor een zwaardere taakverwaarlozingsregeling vergelijkbaar met artikel 48, elfde lid, Wpo. Volledig analoge toepassing van de regeling van het samenwerkingsbestuur brengt evenwel met zich dat volstaan wordt met het beperkte goedkeuringsrecht ex artikel 17, zesde lid, Wpo, met de verplichting van het bestuur om jaarlijks aan de raad een verslag uit te brengen over de werkzaamheden (en daarbij met name aandacht te schenken aan de wezenskenmerken van het openbaar onderwijs – artikel 17, zevende lid, Wpo) en met een minder vergaande taakverwaarlozingsregeling vergelijkbaar met die welke neergelegd is in artikel 17, negende lid, Wpo.

Zoals we in § 2 en in het eerste rapport hebben aangegeven dient het gemeentebestuur gezien artikel 23, vierde lid, Grondwet verantwoordelijk te blijven voor en de bevoegdheid te behouden tot oprichting en opheffing van openbare scholen. Artikel 17, derde lid, Wpo, dat de besluitvorming over opheffing van een openbare school onder een samenwerkingsbestuur bij de gemeenteraad laat rusten, wijst in dezelfde richting.

5. Bekostigingsvoorwaarden en regels

De onderwijswetgeving kent traditioneel de onderverdeling van bepalingen in (wettelijke) regels voor het openbaar onderwijs en voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs. Aan het onderscheid wordt een principieel verschil in juridische werking toegeschreven. De regels voor openbaar onderwijs zijn algemeen verbindende voorschriften – het openbaar onderwijs wordt bij de wet geregeld (artikel 23, derde lid, Grondwet) – die niet alleen rechtstreeks de school- en instellingsbesturen binden, maar ook degenen die op de werkvloer verkeren: leraren, docenten, leerlingen, ouders, studenten, medezeggenschapsorganen etc. Bekostigingsvoorwaarden (artikel 23, zevende lid, Grondwet) zijn daarentegen door het bijzonder onderwijs in vrijheid aanvaarde subsidiecondities, en binden naar hun aard alleen de school- en instellingsbesturen; wil er binding ontstaan op de werkvloer dan dient dit te gebeuren via omzetting – doorcontracteren, transponeren – in (arbeids)overeenkomsten, onderwijsafspraken, statuten, reglementen e.d.

Toch kan men zich de vraag stellen of dit onderscheid nog relevant is voor de opbouw van de onderwijswetgeving.¹⁰ Zo is het onderscheid tussen wettelijke regels en bekostigingsvoorwaarden voorzover het de *externe* relatie ten opzichte van de overheid betreft moeilijk strikt te handhaven. Allereerst is het natuurlijk zo dat de meeste bekostigde instellingen voor bijzonder onderwijs *de facto* niet zonder overheidsbekostiging kunnen voortbestaan. In zoverre is de vrijheid om de bekostigingsrelatie 'op te zeggen' een illusoire. Ten tweede dient opgemerkt te worden dat – behoudens het geval waarin de garantieplicht van het openbaar onderwijs in geding is en dus een openbare school gesticht *moet* worden, zie artikel 75, tweede lid, Wpo – de relatie van het bevoegd gezag (dat verzoekt een openbare school in het plan van scholen te doen opnemen) ten opzichte van de rijksoverheid niet wezenlijk verschillend is van die van het bevoegd gezag in het bijzonder onderwijs. Beiden vragen de minister, zonder daartoe verplicht te zijn, om in aanmerking te komen voor plaatsing op het plan van scholen, beide doen dus in zoverre in vrijheid een aanvraag en onderwerpen zich in zoverre ook in vrijheid aan de regels c.q. bekostigingsvoorwaarden. Verder valt er in het algemeen geen verschil te bespeuren in de sanctivering van bekostigingsvoorwaarden en regels (algemeen verbindende voorschriften). Of het nu om een openbare school of een bijzondere school gaat: de sanctie verschilt niet, ook al overtreedt het bijzonder onderwijs een bekostigingsvoorwaarde en het openbaar onderwijs een (inhoudelijk gelijklopend) algemeen verbindend voorschrift: in beide gevallen kan de bekostiging geheel of gedeeltelijk ingehouden worden (artikel 164, eerste lid, Wpo). Ten slotte beschouwt de grondwetgever zelf de bekostigingsvoorwaarden/deugdelijkheidseisen niet als in vrije wil aanvaarde

¹⁰ B.P. Vermeulen/P.J.J. Zoontjens, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving*, preadviezen VAR-Vereniging voor Bestuursrecht, Den Haag 2000, p. 66 e.v.

subsidiecondities. Als werkelijk sprake zou zijn van in vrijheid aanvaarde voorwaarden, waarom heeft de grondwetgever dan de wetgever opgedragen bij het formuleren van deze voorwaarden de vrijheid van richting (lid 5) resp. de vrijheid van het bijzonder onderwijs (lid 6) te eerbiedigen? Al met al zien wij dan ook weinig redenen om in de verhouding van het bijzonder onderwijs ten opzichte van de overheid een principieel onderscheid te maken tussen regels (algemeen verbindende voorschriften) en bekostigingsvoorwaarden.

Anders ligt dit mogelijk ten aanzien van de kwestie van de *interne* werking. Regels voor het openbaar onderwijs hebben, voorzover ze zich daartoe lenen, interne werking. Gesteld zou kunnen worden dat bekostigingsvoorwaarden daarentegen, ook als ze in wezen fungeren als algemeen verbindende voorschriften in de verhouding tussen overheid en het bevoegd gezag in het bijzonder onderwijs, zonder nadere omzettingshandelingen van het bevoegd gezag niet rechtstreeks werken in zijn verhouding ten opzichte van leerkrachten, leerlingen, ouders e.d. Het bevoegd gezag, de privaatrechtelijke rechtspersoon waarvan de bijzondere onderwijsinstelling uitgaat, is in deze redenering de exclusieve normadressaat van de bekostigingsvoorwaarden. Niet-naleving van een dergelijke voorwaarde kan wel leiden tot een door de minister op te leggen bekostigingssanctie, maar (zonder transformatie) niet tot aanspraken jegens het bevoegd gezag in interne relaties.

Niettemin past nuanceren. Bepaalde voorschriften die in een afdeling van een onderwijswet staan welke blijkens het opschrift slechts bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs bevat¹¹ functioneren, anders dan voorondersteld wordt, nogal eens niet enkel in de externe relatie van het bevoegd gezag van een bijzondere school met de overheid, maar tevens in de interne relatie tussen dat bevoegd gezag en participanten. Te wijzen valt bijvoorbeeld op de nietigheidssanctie in artikel 40, eerste lid, Wpo. Hoewel deze opgenomen is in een afdeling welke blijkens het opschrift slechts bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs bevat stelde de regering: 'Het feit dat de nietigheid in het primair onderwijs aldus geregeld wordt in een afdeling "Regelen voor het openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs" levert geen beletsel op voor een rechtstreekse werking, omdat dit laatste uit de redactie van de bepaling dient te worden afgeleid. Nietigheid van een overeenkomst kan immers bezwaarlijk als een bekostigingsvoorwaarde worden gezien.'¹² Er zijn daarnaast nog heel wat andere 'bekostigingsvoorwaarden' waaraan moeilijk interne werking ontzegd kan worden en die ook in zoverre fungeren als regels (algemeen verbindende voorschriften). Te denken valt aan allerlei procedurele regels die het bevoegd gezag ook jegens personeel en ouders/leerlingen in acht zal hebben te nemen.¹³

¹¹ Zie bijvoorbeeld Titel II Afdeling 1 WPO, waarvan het opschrift luidt: 'Regelen voor het openbaar onderwijs, tevens voorwaarden voor bekostiging van het bijzonder onderwijs'

¹² Kamerstukken II 1996/97, 25 177, nr. 3, p. 2; zie ook aldaar p. 5.

¹³ Een bescheiden greep: artikelen 14, 15, 23, 24, 39, 40, 58, 61, 63 Wpo.

Verder is – zeker op het vlak van bestuurlijke inrichting en beheer – de afgelopen jaren sprake van een trend om bepalingen in de wetgeving zodanig vorm te geven dat er grotere beleidsvrijheid ontstaat voor de besturen van de scholen en instellingen. Op dergelijke terreinen is het aantal bepalingen dat zich louter richt tot het bevoegd gezag van de openbare school en niet de verhoudingen op de werkvloer in het openbaar onderwijs beoogt te regelen, toegenomen. Ook door deze ontwikkeling wordt het onderscheid tussen regels en bekostigingsvoorwaarden minder relevant.

Wat ons betreft is een gelijkschakeling van de *werking* van regels en bekostigingsvoorwaarden dan ook niet problematisch. Dat betekent uiteraard niet dat er een volledige *inhoudelijke* gelijkstelling kan plaatsvinden. Het onderscheid tussen openbaar en bijzonder onderwijs rechtvaardigt en vereist soms een verschil in inhoud.

Bovendien kan het noodzakelijk zijn om de sancties op overtreding/niet vervulling van bekostigingsvoorwaarden/regels in bepaalde gevallen verschillend uit te werken, afhankelijk van de vraag of het om een openbare dan wel een bijzondere school gaat. In het algemeen zal een bekostigingssanctie aan de orde zijn. Maar ten aanzien van het openbaar onderwijs zal somtijds in het kader van een taakverwaarlozingsregeling ook (gemeente)bestuurlijk ingrijpen mogelijk zijn; zie bijvoorbeeld artikel 17, negende lid, en artikel 48, leden 10 en 11 Wpo. Voor het bijzonder onderwijs kunnen dergelijke regelingen uiteraard niet gelden.

Een ander geval waarin de consequenties van het niet vervullen van regels/bekostigingsvoorwaarden verschillend uitwerken betreft de opheffingsnormen. De wettelijke bepalingen inzake de situatie dat een school geacht wordt duurzaam onder de opheffingsnorm te blijven, leiden voor een bijzondere school enkel tot beëindiging van de bekostiging en voor een openbare school ook tot opheffing: zie bijvoorbeeld artikel 153 Wpo. De vraag is of voor een en ander niet een gelijke norm kan worden gesteld. Dat een bijzondere school niet kan worden opgeheven door de overheid, is in lijn met de vrijheid van onderwijs. Er bestaat krachtens artikel 23, tweede lid, Grondwet, maar ook artikel 2, Eerste Protocol, EVRM, een algemene vrijheid om scholen op te richten die niet bekostigd worden door de overheid. Het zou in strijd zijn met deze vrijheid als de overheid de bevoegdheid zou hebben om een niet (langer) bekostigde school op te heffen. Maar kan ook een openbare school na verlies van bekostiging blijven voortbestaan? Ons inziens is dat niet in lijn met het uitgangspunt van het vierde lid van artikel 23 Grondwet. Bij een niet-bekostigde openbare school zijn niet meer de optimale beïnvloedingsvoorwaarden aanwezig welke moeten waarborgen dat het onderwijs neutraal en algemeen toegankelijk is. De overheid bezit ons inziens dan ook niet de vrijheid om onbekostigde scholen op te richten of in stand te (blijven) houden. Die komt alleen aan burgers toe. Als de overheid niet meer een basis heeft om invloed op de school uit te oefenen, ontvalt aan de school het openbaar karakter. De garantieplicht welke op het gemeentebestuur rust krachtens het vierde lid van artikel 23 Grondwet kan dan onvoldoende worden

waargemaakt. Juridisch is het derhalve bij beëindiging van overheidsbekostiging verplicht dat deze gepaard gaat met een besluit dat de openbare school wordt *opgeheven* (zie artikel 153 Wpo).

Het voorgaande impliceert, dat het onderscheid tussen regels voor het openbaar onderwijs en bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs zou kunnen vervallen. Zij zouden aangeduid kunnen worden als (wettelijke) ‘voorschriften’. Deze gelijkschakeling betekent overigens niet – we benadrukken het nogmaals – dat van een volledig identieke inhoud sprake zou kunnen zijn. Ook als het onderscheid tussen regels en bekostigingsvoorwaarden zou vervallen, zal de onderwijswetgever moeten blijven differentiëren tussen algemene voor de gehele onderwijssector (inclusief het niet-bekostigd onderwijs) geldende voorschriften¹⁴, voorschriften die gelden voor het openbaar en bekostigd bijzonder onderwijs¹⁵, voorschriften die uitsluitend gelden voor het openbaar onderwijs¹⁶ en voorschriften die enkel gelden voor het bekostigd bijzonder onderwijs.¹⁷ Het lijkt ons niet nodig daarbij te specificeren of sprake is van intern werkende normen of niet. In het algemeen zal dat uit de aard van de norm voortvloeien.¹⁸

6. De interne bestuurlijke inrichting

Onder de voorwaarde dat voldaan is aan de in § 4 gestelde eisen aan het externe gemeentebestuurlijk toezicht kunnen de voorschriften ten aanzien van de *interne* bestuurlijke inrichting van de stichting voor openbaar onderwijs en de stichting voor bijzonder onderwijs – welke organen zijn er, wat zijn de onderlinge verhoudingen en bevoegdheden – ons inziens grotendeels identiek zijn. Uitgaande van invoering van een wettelijke eis van scheiding van bestuur en toezicht zijn er twee varianten denkbaar.

Een *eerste variant* is die, waarin aangegeven wordt over welke twee organen de functies van toezicht en bestuur verdeeld worden en welke bevoegdheden de toezichthouder ten minste moet hebben. Het concept van wet Governance PO en VO kiest in zoverre voor deze variant, dat de keuze gelaten wordt uit twee mogelijkheden. De eerste optie is dat er een aparte Raad van Toezicht ingesteld wordt, welke (onder meer) het bestuur van de stichting benoemt en ontslaat. Alsdan dient de gemeenteraad

¹⁴ Vgl. Titel I Wpo.

¹⁵ Vgl. Titel II Afdeling 1 Wpo.

¹⁶ Vgl. Titel II Afdeling 2 Wpo. Zo is het evident dat voorschriften ter zake van het karakter van het openbaar onderwijs niet relevant zijn en dus ook niet gelden voor het bijzonder onderwijs.

¹⁷ Vgl. Titel II Afdeling 3 Wpo. Zo is een norm als artikel 58 Wpo (garantiefunctie van het bijzonder onderwijs bij ontbreken van openbaar onderwijs) relevant voor het bijzonder onderwijs, maar overbodig voor het openbaar onderwijs, waarvoor immers per definitie de garantiefunctie geldt.

¹⁸ Een vergelijking valt te trekken met bepalingen van verdragen: of zij een ieder verbindend zijn in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet – dus in rechte toepasbaar – hangt af van de aard van de betreffende bepaling.

overheersende invloed te hebben op de samenstelling van de *Raad van Toezicht*. De tweede optie is, dat binnen het stichtingsbestuur een functionele scheiding plaats vindt tussen een toezichthoudend orgaan en een beleidsvoerend deel (*two tier model*). Alsdan blijft de overheersende invloed van de gemeenteraad in het stichtingsbestuur intact.

Een *tweede variant* is die, waarin het *principe* van scheiding van toezicht en bestuur en de minimale bevoegdheden van de toezichthouder worden vastgelegd, maar de organisatorische vormgeving aan de statuten en reglementen van de stichting overgelaten wordt. Deze tweede variant maakt het bijvoorbeeld mogelijk, dat naast de hiervoor geschetste opties ook gekozen kan worden voor een statutaire spreiding van bevoegdheden ('attributie'), waarbij aan het ene bestuursorgaan primair toezichthoudende bevoegdheden verleend worden en aan het andere orgaan de meeste bestuurlijke bevoegdheden, of waarbij vergaande overdracht ('delegatie') plaatsvindt van bevoegdheden middels een managementstatuut aan de directie – welke dan in zekere zin als bestuur gaat optreden – waarbij het stichtingsbestuur uiteraard onder meer de minimale toezichtsbevoegdheden behoudt en in zoverre fungeert als toezichthoudend orgaan.

In beide varianten kan de regeling van de *intern*-bestuurlijke verhouding ten aanzien van de stichting voor openbaar onderwijs grotendeels identiek zijn aan die voor het bijzonder onderwijs. Aan die gelijkstelling zit slechts een grens, voorzover uit de voor het openbaar onderwijs geldende eisen van *extern*-bestuurlijk toezicht (zie § 4) – voortvloeiend uit het principe van de overwegende overheidsinvloed in het openbaar onderwijs - ook consequenties voor de *interne* verhoudingen volgen. Daarbij gaat het eerstens om de eis dat in de statutaire regeling een overheersende invloed van de overheid op het bestuur gewaarborgd moet zijn (artikel 48, zesde lid, sub h Wpo). Deze eis verzekert dat de gemeentelijke overheid hetzij door directe dominante invloed in het bestuur van de stichting, hetzij – wanneer sprake is van een apart toezichthoudend orgaan - door indirecte zeggenschap op het bestuur via dominante invloed op de toezichthouder haar rol en taak als hoeder van het openbaar onderwijs kan waarmaken. Daarnaast zijn er flankerende bevoegdheden en waarborgen die in zekere zin de intern-bestuurlijke verhoudingen beïnvloeden, te weten de besluitvorming van de gemeenteraad ter zake van de oprichting en opheffing (vgl. artikel 17, derde lid, Wpo), de overlegverplichting met de raad met betrekking tot de vaststelling van de begroting en jaarrekening (analoog aan artikel 17, vijfde lid, sub d Wpo), het – beperkte - goedkeuringsrecht van de raad ter zake van de statuten (analoog aan artikel 17, zesde lid, Wpo), de verslagverplichting jegens de raad (analoog aan artikel 17, zevende lid, Wpo) en de taakverwaarlozingsregeling (analoog aan artikel 17, negende lid, Wpo). Met inachtneming van deze randvoorwaarden achten wij een gelijkschakeling juridisch aanvaardbaar.

Volledigheidshalve herhalen we hier onze in het eerste rapport neergelegde opvatting, dat 'delegatie' (toedeling of overdracht van bestuursbevoegdheden middels statuten of

reglementen naar bijvoorbeeld het management/de directie) in het bijzonder onderwijs thans reeds mogelijk is, gezien de vrijheid van inrichting en het civiele rechtspersonenrecht. Of een dergelijke bevoegdheid tot ‘delegatie’ ook voor het door een stichting bestuurd openbaar onderwijs geldt is echter de vraag, gezien artikelen 10:14 Awb (geen delegatie aan ondergeschikten), artikel 10:15 Awb (de wet moet delegatie mogelijk maken) en artikelen 32a-c Wvo (welke uitgaan van een mandaatsverhouding, en daarmee impliciet delegatie lijken uit te sluiten). Gesteld kan worden, dat wanneer de rechtsverhouding met personeel en leerlingen van zo een stichting expliciet als een privaatrechtelijke relatie gekwalificeerd wordt (zie § 7), deze publiekrechtelijke belemmeringen wijken en plaats maken voor de vrijheid die het civiele rechtspersonenrecht ook aan het bijzonder onderwijs gunt. Niettemin is het uit overwegingen van rechtszekerheid en helderheid een goede zaak, als de onderwijswetgever expliciet bepaalt dat toedeling (‘attributie’) of overdracht (‘delegatie’) van bevoegdheden aan het management geoorloofd is. Wij staan dan ook positief tegenover bepalingen die daartoe strekken, zoals artikelen 30a en 31, tweede lid, Wpo in het concept-wetsvoorstel governance in PO en VO.¹⁹ Om zeker te stellen dat de stichting voor openbaar onderwijs – met het oog op zo vergaand mogelijke gelijkschakeling - op dit punt dezelfde ruimte krijgt als het bijzonder onderwijs zijn dergelijke bepalingen beslist vereist.

Ten slotte bezien we een ander aspect van de intern-bestuurlijke inrichting: de positie van de medezeggenschapsraad (MR). Naar huidig recht, neergelegd in de Wet medezeggenschap onderwijs 1992 (Wmo), zijn de voorschriften ter zake regels voor het openbaar onderwijs en bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs (artikel 2 Wmo). Daarmee lijkt een verschil in werking beoogd, op grond waarvan deze voorschriften in het openbaar onderwijs rechtstreeks in de interne verhoudingen doorwerken, en in het bijzonder onderwijs slechts intern werken voorzover zij in overeenkomsten met leerkrachten, ouders, leerlingen en de MR zijn ‘doorgecontracteerd’. In § 5 hebben wij evenwel betoogd dat dit onderscheid in de praktijk niet relevant is (en ook niet zou moeten zijn). In de praktijk is het zo, dat de aan deze wet ontleende instemmings- en adviesbevoegdheden van de medezeggenschapsraden ook in het bijzonder onderwijs gerespecteerd worden, zonder dat – bijvoorbeeld in procedures voor de geschillencommissies of de civiele rechter - nagegaan wordt of deze daadwerkelijk in de interne relaties zijn ‘doorgecontracteerd’.²⁰ We concluderen, dat er wat betreft de werking van de Wmo materieel geen verschil is tussen bijzonder en openbaar onderwijs (daaronder uiteraard begrepen het privaatrechtelijk bestuurd openbaar onderwijs). Onder het

¹⁹ Volledigheidshalve merken we op, dat deze bepalingen ten onrechte de mogelijkheid voor het bijzonder onderwijs van statutaire toedeling van bevoegdheden aan het management – in publiekrechtelijke termen: ‘attributie’ - over het hoofd zien.

²⁰ W.J.J. Beurskens, ‘Het rechtskarakter van de ‘bekostigingsvoorwaarden’ voor het bijzonder onderwijs’, *RM Themis*, p. 372-373.

regime van de toekomstige Wet medezeggenschap scholen (Wms)²¹, welke het onderscheid tussen regels voor het openbaar onderwijs en bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs handhaaft (artikel 2 Wms), geldt vermoedelijk dezelfde conclusie.

Wel een relevant verschil is gelegen in de rechtsbescherming. Een uitspraak van de (medezeggenschaps)geschillencommissie in het openbaar onderwijs geldt naar huidig recht als een uitspraak in administratief beroep (artikel 19, derde lid, Wmo), waartegen beroep op de (niet zeer marginaal toetsende) bestuursrechter open staat, terwijl een uitspraak van een geschillencommissie in het bijzonder onderwijs behandeld wordt als ware het een bindend advies, waartegen opgekomen kan worden bij de (terughoudend toetsende) burgerlijke rechter.²² Dit verschil in rechtsgang en toetsing zal in de toekomstige Wms verdwijnen. De geschillenbeslechting in eerste instantie zal worden opgedragen aan één landelijke commissie (artikel 30 Wms). En tegen de uitspraken van deze commissie zal beroep openstaan op de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam, welke oordeelt of de commissie een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het bepaalde in de wet (artikel 36, derde en vierde lid, Wms). In weerwil van artikel 36, zesde lid, Wms²³ vooronderstellen we dat de rechtsgang bij de Ondernemingskamer een civielrechtelijke is, ongeacht of het nu gaat om een geschil dat het bijzonder onderwijs dan wel het (privaatrechtelijk of publiekrechtelijk vormgegeven) openbaar onderwijs betreft.²⁴ Aldus vindt een volledige gelijkschakeling plaats. Overigens valt niet uit te sluiten dat er dan nog in zoverre verschil kan zijn, dat materiële publiekrechtelijke normen bij een medezeggenschapsgeschil in het openbaar onderwijs wel, en in het bijzonder onderwijs niet van toepassing zijn. Zie over dit laatste de volgende paragraaf.

7. De interne rechtsverhoudingen met personeel en leerlingen

In § 5 concludeerden we reeds dat het niet noodzakelijk is een onderscheid aan te houden tussen voor het openbaar onderwijs geldende, in de interne verhoudingen rechtstreeks doorwerkende regels (algemeen verbindende voorschriften) en voor het bijzonder onderwijs geldende, niet als zodanig in de interne verhoudingen doorwerkende bekostigingsvoorwaarden. Ons inziens is het niet problematisch dat, afhankelijk van de strekking en formulering van een bepaling in de onderwijswet, deze soms alleen het bevoegd gezag van de openbare/ bijzonder school in zijn relatie

²¹ Het betreffende wetsvoorstel ligt thans bij de Eerste Kamer, Kamerstukken II 2005-2006, 30 414, A.

²² Vermeulen/Zoontjens 2000, p. 169-176.

²³ Deze bepaling wekt door de verwijzing naar artikel 8:75 Awb de suggestie dat dit ook een bestuursrechtelijke procedure kan zijn.

²⁴ Vgl. Kamerstukken II 2005-2006, 30414, nr. 8, p. 3-4. Het schrappen van het in eerste instantie voorgestelde artikel 31, tweede lid, Wms (equivalent van artikel 19, derde lid, Wmo) wijst in deze richting.

tot de rijks- of gemeentelijke overheid zal betreffen, maar soms (ook) interne werking zal hebben, d.w.z. rechtstreeks geldt in de relatie van het bevoegd gezag ten opzichte van personeel of leerlingen.

Het voorgaande neemt uiteraard niet weg, dat de inhoudelijke normering van de interne rechtsrelaties in openbaar en bijzonder onderwijs soms uiteen zal of zelfs moet lopen. Een belangrijk verschil zou kunnen zijn, dat die interne relaties in het openbaar onderwijs van publiekrechtelijke aard zijn, en in het bijzonder onderwijs privaatrechtelijk.²⁵ Dat doet zich in principe ook voor, als de openbare onderwijsinstelling bestuurd wordt door een privaatrechtelijke rechtspersoon, een gemeentelijke stichting. Ook dan is het personeel daar in beginsel werkzaam op grond van een publiekrechtelijke rechtsverhouding – er werkzaam als ambtenaar – en ook dan wordt met leerlingen middels publiekrechtelijke besluiten een publiekrechtelijke rechtsverhouding aangegaan. De rechtsbescherming is hier aan gekoppeld: de belangrijkste beslissingen van bevoegd gezag jegens personeel en leerlingen zijn aan te merken als besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, waartegen op grond van deze wet bezwaar en beroep openstaat.²⁶

Dat de interne rechtsverhoudingen met personeel en leerlingen ook in het privaatrechtelijk vormgegeven openbaar onderwijs in beginsel publiekrechtelijk zijn geordend staat er ons inziens evenwel niet aan in de weg, dat de wetgever van dit principe kan afwijken, en uitdrukkelijk kan bepalen dat deze rechtsverhoudingen in meerdere of mindere mate aan het publiekrecht onttrokken zijn. Dat het openbaar onderwijs onder overwegende overheidsinvloed staat en dus deel uitmaakt van de openbare dienst sluit bijvoorbeeld niet uit dat het personeel aldaar werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst. Weliswaar overwoog de regering met betrekking tot de gemeentelijke stichting (ex artikel 48 Wpo/artikel 42b Wvo): 'Met de Raad onderschrijven ondergetekenden dat een belangrijk uitgangspunt bij de stichting die openbaar onderwijs in stand houdt, de overheersende overheidsinvloed op het beheer (en daarmee ook op het personeelsbeleid) van de stichting is. [...] Omdat de bestuursvorm van de gemeentelijke stichting privaatrechtelijk is, was er echter in het aan de Raad voorgelegde wetsvoorstel toch voor gekozen ook de arbeidsverhoudingen op privaatrechtelijke leest te schoeien. Met de Raad zijn ondergetekenden na ampele overwegingen tot de conclusie gekomen dat het niet de privaatrechtelijke bestuursvorm is die bepalend is voor de positie van de werknemers, maar de mate van overheidsinvloed. Omdat deze ook bij een privaatrechtelijke bestuursvorm overheersend is, moet er inderdaad van uit worden gegaan dat het personeel van de school die in stand wordt gehouden door een gemeentelijke stichting, de ambtelijke status

²⁵ Zie voor nadere beschouwingen Vermeulen/Zoontjens 2000.

²⁶ Een goed voorbeeld is Rechtbank Haarlem 14 april 2006, LJN: AW2338: een beslissing tot schorsing van een leerling genomen door een stichting voor openbaar onderwijs is een (appellabel) besluit in de zin van de Awb.

heeft.²⁷ Naar de huidige stand van zaken is het personeel in dienst van de gemeentelijke stichting dus ambtenaar.

Het standpunt van de regering is echter in die zin onjuist, dat het suggereert dat wanneer sprake is van overwegende overheidsinvloed het personeel per definitie als ambtenaar aangesteld *moet* worden. Wij wijzen er op dat de Centrale Raad van Beroep de ambtenarenstatus in een dergelijk geval weliswaar als regel ziet,²⁸ maar niet uitsluit dat van die regel afgeweken wordt.²⁹ Terecht stelde de regering dan ook elders: 'Ondergetekenden zijn het met de Raad van State eens dat het personeel van een openbare school in beginsel een ambtelijke status heeft omdat de mate van overheidsinvloed bepalend is voor de positie van werknemers en niet de privaatrechtelijke rechtsvorm. Dit beginsel is echter niet zo absoluut dat de wetgever er in een specifieke situatie niet van zou kunnen afwijken [...]. Daarom is er in het wetsvoorstel voor gekozen dat het personeel dat werkzaam is aan de openbare school bij een stichting die zowel een openbare als een bijzondere school in stand houdt, van rechtswege wordt benoemd krachtens een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht'. Wij zijn dan ook van oordeel dat de wetgever middels een uitdrukkelijk voorschrift vergelijkbaar met de zojuist aangeduide bepaling - artikel 17, vierde lid, Wpo - kan realiseren dat het personeel van een stichting voor openbaar onderwijs daar werkzaam is op grond van een arbeidsovereenkomst.

Hetzelfde geldt voor de rechtsverhouding met leerlingen. Ons inziens is dat in principe een publiekrechtelijke relatie, die aanvangt met een toelatingsbeslissing welke gekwalificeerd moet worden als een besluit in de zin van de Awb, en waarbinnen relevante beslissingen zoals schorsing en verwijdering evenzeer Awb-besluiten zijn. Maar net zoals de wetgever kan stipuleren dat werknemers bij een gemeentelijke stichting aldaar werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, kan hij ook bepalen dat de leerlingen van een door die stichting bestuurd openbare school in een privaatrechtelijke rechtsverhouding tot die stichting staan. Dat is wat volgens ons is geschied in artikel 8.1.3 van de Wet educatie en beroepsonderwijs, waarin uitdrukkelijk is voorgeschreven dat tussen het bevoegd gezag (ook van eventuele instellingen voor openbaar onderwijs) en de deelnemer een onderwijsovereenkomst gesloten wordt. We veronderstellen dat deze overeenkomst een civielrechtelijk karakter heeft, ongeacht of sprake zou zijn van bijzonder of openbaar onderwijs.

Met een uitdrukkelijke kwalificatie van de rechtsverhouding met personeel en leerlingen als een overeenkomst naar burgerlijk recht bewerkstelligt de wetgever dat deze rechtsverhouding aan de werking van de Awb onttrokken wordt. In principe is

²⁷ Kamerstukken II 1994/95, 24 138, A, p. 3-4.

²⁸ CRvB 19 mei 1987, TAR 1987, 162; CRvB 8 maart 1988, TAR 1988, 103; CRvB 1 juli 1993, TAR 1993, 173; CRvB 3 mei 1993, TAR 1993, 148.

²⁹ In CRvB 19 mei 1987, TAR 1987, 162 overweegt de Raad 'dat het openbare dienst-karakter dient te resulteren in de conclusie dat gedaagden ambtenaar in de zin van de Ambtenarenwet 1929 waren, tenzij sprake zou zijn van een dienstverband op basis van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht.'

een stichting voor openbaar onderwijs een b-orgaan, waarvan de besluitvorming – daden van openbaar gezag – aan de Awb onderworpen wordt. De wetgever kan evenwel bij *lex specialis*, door de uitdrukkelijke kwalificatie van een rechtsverhouding als een civielrechtelijke, teweeg brengen dat de beslissingen van het bevoegd gezag jegens personeel en leerlingen niet aangemerkt dienen te worden als besluiten in de zin van de Awb. Zo zal het aangaan van de arbeidsrelatie met dit personeel niet plaatsvinden middels een benoemingsbesluit, en het aangaan van de onderwijsrelatie met deze leerlingen niet geschieden middels een toelatingsbesluit, maar door het sluiten van een overeenkomst naar burgerlijk recht. Weliswaar vormt de Awb de in principe geldende, algemene bestuursrechtelijke regeling, maar het is de wetgever zeker niet verboden om gemotiveerd bij bijzondere wet van deze regeling af te wijken.³⁰

Als de relevante beslissingen van de stichting voor openbaar onderwijs (onder meer ten aanzien van benoeming, toelating, schorsing, ontslag, verwijdering) aldus aan de reikwijdte van het besluitbegrip van de Awb onttrokken zijn – ze zijn door de wetgever immers gedefinieerd als privaatrechtelijke handelingen, plaats vindend binnen een privaatrechtelijk geordende rechtsverhouding – is de toepasselijkheid daarop van de Awb-normen waaronder de in de Awb geformuleerde beginselen van behoorlijk bestuur uitgesloten.³¹ Dat betekent echter niet, dat deze beslissingen niet aan bepaalde publiekrechtelijke normen onderworpen zijn. Zo dienen bij die beslissingen de nationale en internationale grondrechtenbepalingen onverkort in acht genomen te worden. Deze bepalingen gelden voor de overheid, of deze nu publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk is vormgegeven: het in deze bepalingen vooronderstelde overheidsbegrip is van *materiële* aard, niet afhankelijk van de juridische kwalificatie van de verrichte handeling of de gekozen rechtsvorm.³² Onder die bepalingen valt ook artikel 3 Grondwet, de eis van gelijke benoembaarheid in openbare dienst. Wij zijn van mening, dat het begrip ‘openbare dienst’ in *materiële* zin opgevat moet worden, en dat daarvan ook sprake is als het een privaatrechtelijke rechtspersoon betreft welke een publieke taak (in casu: verzorgen van openbaar onderwijs) uitvoert en waarin de overheid een overwegende invloed heeft (zie §§ 3 en 4). Uiteraard gelden ook de materiële kenmerken van het openbaar onderwijs, zoals de neutraliteit en algemeen-toegankelijkheid (artikel 23, derde en vierde lid, Grondwet) en bepalingen in de onderwijswetgeving en de Algemene wet gelijke behandeling die deze kenmerken nader uitwerken, onverkort. Tenslotte zijn op het handelen van de stichting voor openbaar onderwijs weliswaar niet de *geschreven*

³⁰ PGAwb I, p. 64. Uiteraard zullen oogmerk en consequenties van de ‘verprivaatrechtelijking’ in de toelichtende stukken bij het eventuele wetsvoorstel beargumenteerd en geëxpliciteerd dienen te worden.

³¹ Vermeulen/Zoontjens 2000, p. 121; Van Wijk/Konijnenbelt 2005, p. 65.

³² Kamerstukken II 1975-1976, 13872, nr. 3, p. 15. Vgl. HR 26 april 1996, NJ 1996, 728, AB 1996, 372 (Rasti Rostelli).

Awb-bepalingen inzake de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing,³³ maar wel de ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur.³⁴

Door de beslissingen van de stichting voor openbaar onderwijs aan de toepasselijkheid van het besluitbegrip te onttrekken is uiteraard ook de Awb-rechtsgang uitgesloten. Leerkrachten en leerlingen zullen ter zake dan de civiele rechtsgang zoals deze voor het bijzonder onderwijs geldt moeten volgen. Overigens zitten in die rechtsgang Awb-achtige elementen: zie bijvoorbeeld de voor het bijzonder onderwijs geldende interne (bezwaar)procedure in geval van weigering van toelating of verwijdering (artikel 63 Wpo). Tenslotte, wil men ter zake van leerkrachten zo volledig mogelijke harmonisatie met het bijzonder onderwijs realiseren, dan zal voor hen ook de gang naar een Commissie van beroep (artikel 60 e.v. Wpo) opengesteld moeten worden.

Mocht de wetgever overigens de stap naar niet-toepasselijkheid van de Awb-normen op beslissingen van de stichting voor openbaar onderwijs jegens personeel en leerlingen te drastisch vinden, maar wel de Awb-rechtsgang willen uitsluiten, dan kan afgezien worden van een kwalificatie van de betreffende rechtsrelatie als civielrechtelijk, en kan volstaan worden met een toevoeging van een uitzondering in artikel 8:4 Awb. Aldus blijft dan sprake van publiekrechtelijke rechtsverhoudingen, waarbinnen besluitvorming plaatsvindt waar de betreffende Awb-normering op van toepassing is, maar is beroep op de bestuursrechter en daaraan voorafgaand administratief bezwaar uitgesloten, en zal de civiele rechter geroepen zijn om de naleving van Awb-normen te waarborgen.

8. Conclusies

In dit rapport is onderzocht in hoeverre de positie van de stichting voor openbaar onderwijs geregeld kan worden op dezelfde wijze als de positie van de stichting voor bijzonder onderwijs. Daarbij hebben we ons alleen gericht op het basis- en voortgezet onderwijs, en ons beperkt tot een juridische analyse, waarin anderssoortige overwegingen van meer politiek-beleidsmatige aard achterwege zijn gelaten.

³³ Deze zien immers slechts op besluiten van a- en b-bestuursorganen en op het op het overig handelen van a-bestuursorganen. De stichting voor openbaar onderwijs is evenwel geen a-orgaan (is niet krachtens publiekrecht ingesteld), en door de uitdrukkelijke wettelijke kwalificatie van de interne rechtsverhoudingen als privaatrechtelijke betrekkingen (met nadere onderbouwing in de toelichtende stukken) wordt bewerkstelligd dat de stichting in die interne verhoudingen ook niet als b-orgaan heeft te gelden.

³⁴ Vgl. HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (Amsterdam-Ikon).

Conclusies inzake de bestuurlijke inrichting

- (1) Het vereiste neergelegd in artikel 23, derde lid, van de Grondwet, inhoudend dat het openbaar onderwijs bij wet geregeld wordt, verzet zich niet tegen een privaatrechtelijke bestuursvorm – de stichtingsvorm – voor het openbaar onderwijs, onder de voorwaarde dat ‘overheersende’ overheidsbemoeienis gewaarborgd is (§ 3). In ons eerste rapport³⁵ stelden wij reeds, dat met het oog op die ‘overheersende’ overheidsbemoeienis de huidige regeling van het samenwerkingsbestuur (artikel 17 Wpo) als het analoog toe te passen absolute minimum heeft te gelden. De daartoe vereiste bevoegdheden dienen bij de gemeenteraad te liggen (§§ 2 en 4).
- (2) Dat betekent ten eerste, dat de gemeenteraad hetzij een directe dominante invloed moet hebben op de samenstelling van het stichtingsbestuur, hetzij – wanneer sprake is van een apart toezichthoudend orgaan – door indirecte zeggenschap op het bestuur via dominante invloed op de toezichthouder haar rol en taak als hoeder van het openbaar onderwijs kan waarmaken (§§ 4 en 6).
- (3) Ten tweede betekent dat, dat de gemeenteraad daarnaast over een aantal flankerende bevoegdheden dient te beschikken, te weten de besluitvorming van de gemeenteraad ter zake van de oprichting en opheffing (vgl. artikel 17, derde lid, Wpo), de overlegverplichting met de raad met betrekking tot de vaststelling van de begroting en jaarrekening (analoog aan artikel 17, vijfde lid, sub d Wpo), het – beperkte - goedkeuringsrecht van de raad ter zake van de statuten (analoog aan artikel 17, zesde lid, Wpo), de verslagverplichting jegens de raad (analoog aan artikel 17, zevende lid, Wpo) en de taakverwaarlozingsregeling (analoog aan artikel 17, negende lid, Wpo). Met inachtneming van deze randvoorwaarden achten wij een gelijkschakeling van de bestuurlijke vormgeving van de stichting voor openbaar onderwijs met die van de stichting voor bijzonder onderwijs juridisch aanvaardbaar (§§ 4 en 6).
- (4) Wel pleiten we er voor om wettelijk zeker te stellen dat ook de stichting voor openbaar onderwijs de mogelijkheid heeft om bestuursbevoegdheden over te dragen aan het management (‘delegatie’), een bevoegdheid die het bijzonder onderwijs naar onze mening thans reeds heeft (§ 6).
- (5) Wat betreft de medezeggenschap concluderen we, dat de regeling voor het openbaar en het bijzonder onderwijs zoals deze neergelegd is in de toekomstige Wet medezeggenschap scholen volledig identiek is. Bij inwerkingtreding van deze wet zal derhalve de positie van de stichting voor openbaar onderwijs op dit terrein in principe

³⁵ P.J.J. Zoontjens, H. Delnooz, B.P. Vermeulen, *Governance in het openbaar onderwijs I. Over de mogelijkheden van scheiding van bestuur en toezicht en van delegatie van bevoegdheden in het vermogensrechtelijk verzelfstandigd openbaar onderwijs*, Tilburg, maart 2006.

niet afwijken van die van de stichting voor bijzonder onderwijs, daargelaten de mogelijke toepasselijkheid van een aantal fundamentele materiële normen van publiekrecht (§ 6).

Conclusies inzake het onderscheid regels/bekostigingsvoorwaarden

(6) We stellen vast het traditionele onderscheid tussen regels (algemeen verbindende voorschriften) voor het openbaar onderwijs en bekostigingsvoorwaarden (in vrijheid aanvaarde subsidiecondities) voor het bijzonder onderwijs kan vervallen. In beide gevallen is sprake van (algemeen verbindende) voorschriften, waarvan sommige wel interne werking ten opzichte van bijvoorbeeld leerkrachten en leerlingen/ouders hebben, en sommige niet, ongeacht of het openbaar of bijzonder onderwijs betreft (§ 5).

(7) Het opheffen van het onderscheid tussen regels en bekostigingsvoorwaarden betekent overigens niet dat een volledige inhoudelijke identiteit of gelijke sanctionering over de gehele linie mogelijk is. Het onderscheid tussen bekostigd en niet bekostigd onderwijs, en tussen openbaar en bekostigd bijzonder onderwijs vereist een vergelijkbare differentiatie als in de huidige onderwijswetgeving plaatsvindt. Daarnaast zullen voorschriften in het openbaar onderwijs soms op andere (vergaander) wijze gesanctioneerd kunnen of moeten worden dan in het bijzonder onderwijs; denk aan de opheffingsnormen en de taakverwaarlozingsregeling (§ 5).

Conclusies inzake de interne rechtsverhoudingen met personeel en leerlingen

(8) In principe is de rechtsverhouding van leerkrachten en leerlingen ten opzichte van de stichting voor openbaar onderwijs een publiekrechtelijke. De wetgever kan deze rechtsposities evenwel met die in het bijzonder onderwijs in overeenstemming brengen middels een *lex specialis*, waarin uitdrukkelijk gestipuleerd wordt dat de betreffende rechtsverhoudingen van privaatrechtelijke aard zijn. Daarmee kan de toepasselijkheid van de Algemene wet bestuursrecht en de daarbij behorende bestuursrechtelijke rechtsbescherming worden uitgesloten. Alsdan staat voor betrokkenen de civielrechtelijke rechtsbescherming open (§ 7).

(9) Dat de wetgever kan bewerkstelligen dat de Algemene wet bestuursrecht niet op de interne rechtsverhoudingen binnen de stichting voor openbaar onderwijs van toepassing is impliceert niet dat op die verhoudingen geen publiekrechtelijke normen meer van toepassing zijn. Ook dan zal de stichting als overheid in materiële zin aangemerkt dienen te worden, die de nationale en internationale grondrechtenbepalingen (inclusief die ter zake van de aard van het openbaar

onderwijs) alsmede de ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur in acht dienen te nemen (§ 7).

(10) Een minder vergaande variant is die, waarin volstaan wordt met uitsluiting van de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsweg middels een toevoeging aan artikel 8:4 Awb. In dat geval blijven de Awb-normen inzake behoorlijke besluitvorming van toepassing, maar zal de naleving daarvan slechts via de civiele rechtsweg afgedwongen kunnen worden (§ 7).

Lijst van geraadpleegde literatuur

- Akkermans, P.W.C. en J.M.G. Leune (red.), *Het bestuur van het openbaar onderwijs*, Den Bosch 1983
- Beurskens, W.J.J., Het rechtskarakter van de ‘bekostigingsvoorwaarden’ voor het bijzonder onderwijs, RM Themis, p. 317-332 en 368-381.
- Bos, N.L.P. te, De (on)mogelijkheden van de Raad van Toezicht in het openbaar onderwijs, in: F.H.J.G. Brekelmans e.a. (red.), *Educational Governance*, symposiumbundel NVOR 2004, Den Haag 2004, p. 77 e.v.
- CBOO/COGVO, *Bestuursvormen in het openbaar onderwijs*, Den Haag 1988
- Daalder, E.J. e.a. (samenstelling), *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht*, Eerste Tranche, Alphen aan den Rijn 1993 (PG Awb I).
- Dölle, A.H.M. en D.J. Elzinga, m.m.v. J.W.M. Engels, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, derde druk, Deventer 2004.
- Huisman, P.W.A., *De samenwerkingsschool: conflicterende convergentie. Een analyse van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs*, Elsevier, Den Haag 2002.
- Inspectie van het Onderwijs, *De waarde van intern toezicht; Raden van Toezicht in het hoger onderwijs*, Inspectierapport 2005-22, oktober 2005.
- Lenssen, Leo, *Hebben en Zijn; verschijnselen in het onderwijs gewogen*, openbare les, uitgave ASA reeks, mei 2005.
- Kamerstukken II 2004/05, 30 183, nr. 1, Beleidsnotitie ‘Governance in het onderwijs’.
- Kamerstukken II 2005/06, 30 183, nr. 9, Brief van de minister van OenW over ‘Governance in het onderwijs’.
- Mentink, D., De actualiteit van het onderwijsrecht en de Raad van Toezicht in het voortgezet onderwijs, *School en Wet*, nr. 9, december 2004, p. 345-352.

- Onderwijsraad, *Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 van de Grondwet*, adviesnr. 20020284/674, juli 2002, Den Haag 2002.
- Onderwijsraad, *Degelijk onderwijsbestuur*, advies 20040373/794, Den Haag, december 2004.
- Overes, C.H.C., *Besturen en medezeggenschap in het bijzonder onderwijs*, diss. VU, Lelystad 1994.
- Strietman, H., Voorbij de laatste ‘zuil’: alle onderwijs bijzonder, *SBM – maandblad van de Besturenraad*, januari 2006, nr. 5, p. 24-26.
- Strikwerda, J., *Goed bestuur, goed onderwijs. Uitgangspunten en overwegingen voor toezicht, bestuur en management in het onderwijs*, Voorburg 2003, blz. 66 e.v.
- Vermeulen, B.P., *Constitutioneel onderwijsrecht*, Elsevier, Den Haag 1999.
- Vermeulen, B.P. en P.J.J. Zoontjens, Het 'algemene' bestuursrecht en het 'bijzondere' onderwijsrecht, in: C.A.J.M. Kortmann, B.P. Vermeulen, P.J.J. Zoontjens, *De Awb en de bijzondere wetgeving*, preadviezen VAR-Vereniging voor Bestuursrecht, Boom, Den Haag 2000, p. 45-186.
- Vermeulen, B.P. en P.J.J. Zoontjens, ‘Artikel 23 Grondwet op de tocht? Naar een debat over betekenis en toekomst van de onderwijsvrijheid’, in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a., *Getuigend staatsrecht, liber amicorum A.K. Koekkoek*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2005, p. 431-468.
- Wijk, H.D. van (bewerkt door W. Konijnenbelt en R. van Male), *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Elsevier juridisch, Den Haag 2005
- Zoontjens, P.J.J., Medezeggenschap, in: H.W.G. Münstermann e.a., *Onderwijsrecht en –regelgeving*, deel I, Heerlen – Open Universiteit 1993, p. 235-253.

Bijlage

Onderzoekers

Het onderzoek is uitgevoerd door:

- prof. mr. drs. B.P. Vermeulen, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit en hoogleraar onderwijsrecht aan de Vrije Universiteit en de Radboud Universiteit
- prof. mr. P.J.J. Zoontjens, hoogleraar onderwijsrecht en hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Tilburg en gastprofessor onderwijsrecht en onderwijsbeleid aan de Universiteit Gent

Begeleidingscommissie

De begeleidingscommissie bestond uit:

- B. Spoorenberg, voorzitter (OCW)
- mr. J.J. van Borselen (OCW)
- mr. G.A.J. Tijbosch (OCW)
- Th. Praamstra (OCW)
- mr. J. Keijser (Besturenraad)
- mr. A.E. Schilder (BZK)
- mr. drs. N.L.P. te Bos (VOS-ABB)
- mr. ing. A.L. Esveld (VNG)